

**DÉCISION N° 146/19/ARMP/CRD/DEF DU 18 SEPTEMBRE 2019
DU COMITÉ DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LA SAISINE DE SENELEC DEMANDANT
L'AUTORISATION DE CONCLURE UN AVENANT AU MARCHE CLE EN MAIN
RELATIF AU PROGRAMME DE DEVELOPPEMENT, DE RENFORCEMENT ET DE
FIABILISATION DU RESEAU DE TRANSPORT ET DE DISTRIBUTION D'ENERGIE.**

**LE COMITÉ DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS STATUANT EN COMMISSION
LITIGES,**

VU la loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration, modifiée par la loi n° 2006-16 du 30 juin 2006 ;

VU le décret n° 2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés publics (ARMP), notamment en ses articles 20 et 21 ;

VU le décret n° 2014-1212 du 22 septembre 2014 portant Code des Marchés publics ;

VU le décret n° 2017-527 du 11 avril 2017 portant nomination des membres du Conseil de Régulation (CR) de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP), modifié par le décret n° 2018-802 du 30 avril 2018 ;

VU la décision n° 0005/ARMP/CRMP du 20 mai 2008 portant règlement intérieur du Conseil de Régulation des Marchés publics ;

VU la résolution n° 04-17 du 20 avril 2017 portant nomination des membres du Comité de Règlement des Différends ;

VU la saisine de SENELEC, reçue le 29 août 2019 ;

Monsieur Ousseynou CISSE, entendu en son rapport ;

En présence de monsieur Ibrahima SAMBE, Président par intérim ; de messieurs Alioune Badara FALL et Abdourahmane NDOYE, membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

De Monsieur Saër NIANG, Directeur général de l'ARMP, secrétaire rapporteur du CRD, assisté par ses collaborateurs, observateurs ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi et aux principes généraux de la régulation ;

Adopte la présente décision :

Par correspondance reçue le 29 août 2019 au service courrier de l'ARMP, SENELEC a saisi le Comité de Règlement des Différends (CRD) pour demander l'autorisation de conclure un avenant au contrat clé en main passé par la procédure d'offre spontanée, et relatif au programme de renforcement et de fiabilisation du réseau de transport et de distribution d'énergie, suite à l'avis négatif de la DCMP.

SUR LA RECEVABILITÉ

Considérant qu'il résulte des dispositions de l'article 22 du décret n°2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés publics (ARMP), que la Commission Litiges du Comité de Règlement des Différends (CRD) statue sur les saisines relatives aux litiges opposant les organes de l'Administration qui interviennent dans le cadre des procédures de passation ou d'exécution des marchés publics et délégations de service public, dont le comité est saisi ;

Considérant que la saisine de SENELEC intervient consécutivement à l'avis négatif de la Direction centrale des Marchés publics (DCMP), émis par lettre N°02934/MFB/DCMP/71 du 26 juin 2019 ;

Considérant que le Code des Marchés publics ne prévoit pas, dans pareil cas, de délai pour saisir le CRD ;

Que dès lors, la saisine doit être déclarée recevable ;

LES FAITS

SENELEC a conclu, par une procédure d'offre spontanée à l'initiative du groupement solidaire VINCI Energies Sénégal, VINCI Energies International et SYSTEMS et CEGELEC, un marché clé en main pour le programme de développement, de renforcement et de fiabilisation du réseau de transport et de distribution d'énergie.

En cours d'exécution, SENELEC, faisant valoir une économie de 22 400 000 € réalisée sur le projet initial, a saisi la DCMP pour demander l'autorisation de conclure un avenant au contrat, afin d'utiliser le reliquat disponible pour prendre en charge de nouveaux besoins, non prévus dans le marché de base.

Suite à l'avis négatif de la DCMP sur la demande de conclusion de l'avenant, SENELEC a saisi le CRD pour pouvoir continuer la procédure.

LES MOYENS À L'APPUI DE LA DEMANDE

SENELEC soutient qu'à la signature du marché de base, les prix unitaires des prestations ne pouvaient être connus qu'après les études, les enquêtes parcellaires sur les tracés, la consultation par le canal d'AGEROUTE et les dévoiements de réseaux tiers.

La requérante précise qu'avec la connaissance précise des prix, elle prévoit, dans le cadre de l'avenant envisagé, de remplacer les bordereaux des composantes « téléconduite et télécommunications phase 1 » et « téléconduite et télécommunications phase 2 » du marché initial, en intégralité, par les prix de « téléconduite et télécommunications phase 1 » et « téléconduite et télécommunication phase 2 » du bordereau de l'avenant.

SENELEC allègue que le reliquat du budget dégagé, suite aux économies réalisées, sera utilisé pour la construction du Poste 90 kV Ouakam, dont les spécifications techniques sont identiques à celles du Poste Sicap.

Elle fait remarquer que l'avenant ne présente aucun dépassement budgétaire par rapport au marché de base. De plus, elle argue de l'absence de nouveaux impacts environnementaux, techniques et financiers, en précisant que l'acte qu'elle entend formaliser vise à réduire la masse initiale des travaux, la révision de la composante « téléconduite et télécommunications phase 1 » et l'acquisition d'outillages spécifiques nécessaires aux essais de mises en service et à la maintenance des équipements.

Par ailleurs, SENELEC précise que la restitution d'un reliquat n'a pas été prévue dans le cadre du marché initial. Elle en déduit que le défaut de conclure l'avenant constituerait une perte tandis que sa formalisation permet d'utiliser intégralement l'enveloppe restante, déjà disponible dans la convention de financement et dont la part locale, portée par la BICIS, sera clôturée le 25 février 2020.

Sur un autre registre, SENELEC demande à être édifiée sur la possibilité de faire un avenant sur un marché passé par entente directe lorsque la procédure ne découle pas d'une offre spontanée.

LES MOTIFS DONNÉS PAR LA DCMP

Selon la DCMP, les éléments évoqués par SENELEC pour réaliser des économies, constituent des modifications du marché initial et, en conséquence, devraient faire l'objet d'un avenant.

Toutefois, après avoir rappelé que le marché de base découle d'une offre spontanée dont la signature requiert un avis émis sur la base d'un rapport d'expertise sur les aspects techniques, financiers et environnementaux des prestations, la DCMP considère qu'un avenant audit marché, portant sur de nouvelles prestations, ne peut intervenir si celles-ci n'obéissent pas à la même condition que les prestations du contrat initial.

Au surplus, la DCMP estime que l'autorité contractante n'est pas confrontée à une difficulté matérielle telle qu'exigé par l'article 23 du Code des Marchés publics.

En conclusion, l'organe chargé du contrôle a priori des procédures de passation de marchés, déclare ne pas pouvoir émettre un avis favorable à la conclusion d'un avenant au marché de base.

L'OBJET DE LA DEMANDE

Il résulte de la saisine et des faits qui la sous-tendent que SENELEC sollicite du CRD, l'autorisation de signer un avenant à un marché clé en main, passé par la procédure d'offres spontanée, suite à l'avis négatif de la DCMP.

EXAMEN DE LA DEMANDE

Considérant que, selon les dispositions de l'article 23 du Code des Marchés publics, les modifications des conditions initiales d'un contrat, après son approbation, doivent faire l'objet d'un avenant écrit, signé par les représentants habilités de l'autorité contractante et du titulaire ;

Que l'article susvisé cite, parmi les situations pouvant permettre la signature d'un avenant, celles suivantes :

- l'augmentation ou la réduction de la masse des fournitures, services ou travaux excédant les variations maximales prévues par le dossier d'appel à la concurrence ;
- la réalisation de fournitures, services ou travaux non prévus au marché mais nécessaires à l'exécution de son objet, du fait de la survenance de sujétions imprévues ;

Considérant que SENELEC justifie l'avenant par le besoin d'utiliser les économies de 22 400 000 €, réalisées durant l'exécution du contrat, grâce à l'optimisation des tracés des lignes de 90 kV, la mise à disposition du terrain du poste haute tension Centre-Ville en lieu et place de l'emplacement initial et la révision du scope IDMS ;

Qu'il ressort de l'examen du dossier que la requérante envisage, à travers les économies qui résultent de la diminution de la masse des travaux, de prendre en charge de nouvelles prestations portant sur les composantes ci-dessous :

- Composante postes : Diamniadio, Kounoune, Thiès, Sicap, centre-ville, poste 90/30 kV de Ouakam ;
- Composante lignes : ligne 225 kV Diass-Thiès-Tobène, boucle de ligne souterraine 90 kV Dakar et liaison souterraine Patte d'Oie-Sicap-Université, réhabilitation ligne 90 kV SOCOCIM-Thiona-Tobène, liaison souterraine en 90 kV Poste Bel Air – Centre Ville ;
- Composante Distribution: Réseaux de distribution Tamba, réseau de distribution Kounoune-Diamniadio et Thiès,
- Composante équipements de rechange d'exploitation et de maintenance ;
- Composante télé conduite & télécommunications : phase 1 et phase 2 ;

Considérant que le marché de base porte sur un montant 129 223 529 000 francs CFA HT/HD avec un délai d'exécution de trente-six (36) mois ;

Qu'il peut être admis, au regard de l'envergure du projet initial, la survenance de modifications techniques imprévisibles, telles que celles annoncées plus haut, lesquelles se traduisent par la suppression de travaux initialement prévus et la réalisation de nouvelles prestations devenues nécessaires ;

Considérant, au surplus, que la forme « clé en main », du marché de base requiert, en règle générale, un montant forfaitaire avec un risque supporté par le titulaire qui a l'obligation de livrer des prestations et des équipements avec toutes les garanties de bon fonctionnement ;

Qu'il s'ensuit que l'argument de SENELEC, tiré de l'avantage économique au motif que le marché de base n'avait pas prévu de reliquat à restituer, peut être admis ;

Considérant, en outre, que l'article 23 du Code des Marchés publics n'exclut pas la possibilité de conclure des avenants aux marchés passés par entente directe, y compris ceux par offre spontanée, dès lors que les conditions réunies ;

Qu'en conséquence, l'avenant peut être examiné au sens des dispositions de l'article 23 du Code des Marchés publics (CMP) ;

Considérant qu'il résulte des dispositions combinées des articles 141 du Code des Marchés publics et 2 du Décret n°2007- 547 du 25 avril 2007 que la Direction centrale des Marchés publics (DCMP) est l'organe compétent pour accorder une autorisation ou une dérogation pour la conclusion de l'avenant ;

Considérant, toutefois, que le marché initial avait été passé par la procédure d'offre spontanée, directement avec le groupement solidaire VINCI Energies Sénégal, VINCI Energies International et SYSTEMS et CEGELEC, suite à l'avis de la DCMP, émis sur la base d'un rapport d'expertise sur les conditions financières, techniques, environnementales, comme le prévoit l'article 81 du Code des Marchés publics ;

Qu'en l'espèce, même si l'avenant est sans incidence financière sur le marché de base, il reste constant que les modifications techniques visées, portent sur 22 millions d'euros, soit près de quatorze milliards de francs CFA, ce qui constitue un volume substantiel de prestations ;

Que dès lors, en dépit des arguments de SENELEC sur l'absence d'incidences financières, techniques et environnementales de l'avenant, il importe de mettre la DCMP dans les mêmes conditions de revue a priori, afin de garantir le maintien des conclusions du rapport d'expertise ayant guidé son avis sur le marché de base ;

Qu'en définitive, il y a lieu de demander à la DCMP d'examiner, à nouveau, pour avis, l'avenant susvisé, compte tenu des conclusions du rapport d'expertise sur les conditions financières, techniques et environnementales y afférentes ;

Qu'à cet effet, il y a lieu d'impliquer l'expert ayant examiné le marché de base pour le compte de la DCMP, ou à défaut, un autre expert indépendant disponible et désigné dans les conditions définies à l'article 81 du Code des Marchés publics ;

PAR CES MOTIFS :

- 1) Déclare recevable la saisine de la SENELEC ;
- 2) Constate que cette dernière envisage des modifications techniques du projet initial par la diminution ou suppression de certains travaux et la réalisation de nouvelles prestations, afin de bénéficier d'économies réalisées au cours de l'exécution du contrat de base ;
- 3) Constate que le marché initial a été passé directement avec le groupement solidaire VINCI Energies Sénégal, VINCI Energies International et SYSTEMS et CEGELEC, par la procédure d'offres spontanée, pour un montant de 129.223.529.000 francs CFA HT/HD avec un délai d'exécution de trente-six (36) mois ;
- 4) Constate que les modifications techniques projetées portent sur près de quatorze milliards de francs CFA, sans incidence financière sur le projet initial ;
- 5) Dit que l'avenant peut être examiné par la DCMP sur la base des dispositions de l'article 23 du Code des Marchés publics ;

- 6) Dit, toutefois, qu'au regard du volume et de la nature des prestations prévues dans l'avenant, les conclusions du rapport d'expertise sur lequel la DCMP s'est basée pour émettre un avis sur le marché de base, doivent rester constantes ;
- 7) Dit que la DCMP, organe compétent en la matière, pour assumer sa mission de contrôle a priori avec toute l'objectivité recherchée, doit émettre son avis sur la base des conclusions du rapport d'expertise ;
- 8) Dit que la DCMP devra examiner, à nouveau, pour avis, l'avenant susvisé, compte tenu des conclusions du rapport d'expertise sur les conditions financières, techniques et environnementales y afférentes
- 9) Dit qu'il y a lieu d'impliquer l'expert ayant examiné le marché de base ou, en cas d'indisponibilité, tout expert indépendant pour éclairer la DCMP dans les conditions fixées par l'article 81 du Code des Marchés publics ;
- 10) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à SENELEC ainsi qu'à la Direction centrale des Marchés publics, la présente décision qui sera publiée sur le site officiel des marchés publics.



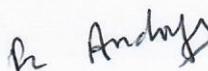
Le Président, par intérim,

Ibrahima SAMBE

Les membres du CRD



Alioune Badara FALL



Abdourahmane NDOYE

**Le Directeur Général,
Rapporteur**



Saër NIANG